EDITORIAL STO

BRUCE L. BENSON

LA EMPRESA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

LA EMPRESA DEL DERECHO

CONSUETUDINARIO

BRUCE L. BENSON

TRADUCCIÓN ORIGINAL:

MISES INSTITUTE

DISEÑO:

SIMÓN OCAMPO

EDITORIAL
STO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN POR SIMÓN OCAMPO **4**

LA EMPRESA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO **5**

- INTRODUCCIÓN **5**
- SISTEMAS LEGALES CONSUETUDINARIOS CON APLICACIÓN VOLUNTARIA **15**
- LOS PAPUANOS KAPAUKU DE NUEVA GUINEA OCCIDENTAL **25**
- LOS INICIOS DEL "COMMON LAW" **36**
- DERECHO CONSUETUDINARIO PARA LA REVOLUCIÓN COMERCIAL **54**
- CONCLUSIONES. **65**

INTRODUCCIÓN

SIMÓN OCAMPO

En este ensayo, el economista y profesor en derecho Bruce Benson nos introduce en un interesantísimo análisis del derecho, explorando desde los antiguos sistemas legales y la evolución del "Common law", hasta la aplicación moderna del derecho, las tendencias de contratación privada en el área de justicia y la corrupción política dentro del sector público.

Utilizando diversas y variadas fuentes de investigación, nos brinda un análisis económico sobre cómo las instituciones del sector privado (es decir, voluntarias) son capaces de establecer fuertes incentivos que llevan a una eficaz creación y aplicación del derecho, a diferencia de la provisión del sector público

Simón Ocampo, 13 de abril de 2021. La Plata, Argentina.

LA EMPRESA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

INTRODUCCIÓN

Cualquiera que cuestione el "hecho" de que ley y orden son funciones necesarias del gobierno es probable que sea considerado un radical ridículo y desinformado por la mayoría de los observadores. Bernard Herber, en un típico libro de texto de finanzas públicas, escribe, por ejemplo:

> La (…) función (…) de proporcionar estabilidad interior en forma de ley y orden y la protección de la propiedad (…) solo podría encontrar oposición por un anarquista confeso. Como [la ley y el orden] no son una función polémica del gobierno (…) no [se] requiere un largo análisis para intentar reconstruir una defensa económica que fije l existencia de un sector público para el fin de asignar recursos.[1]

Pero, aunque la mayoría de los intelectuales no cuestiona la lógica del dominio público del derecho y el mantenimiento del orden, grandes

[1] Bernard P. Herber, Modern Public Finance: The Study of Public Sector Economics (Homewood, Ill.: Richard D. Irwin, Inc., 1975), p. 22. [Publicado en España como Hacienda pública moderna (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1975)].

partes de la población sí lo hacen. Las encuestas indican una creciente insatisfacción con todos los aspectos de la aplicación pública del derecho en Estados Unidos, particularmente con los tribunales y el sistema de sanciones. Más importante es que los ciudadanos se están dirigiendo al sector privado en cifras cada vez mayores para servicios que supuestamente "no son una función polémica del gobierno". La detección y prevención privada del delito, el arbitraje y la mediación son sectores en crecimiento en Estados Unidos.

Este estudio empleará teoría económica para comparar instituciones e incentivos que influyen en el rendimiento público y privado en la provisión del derecho y su aplicación. Algunos críticos pueden afirmar que el derecho no es un objeto apropiado para el "análisis económico", porque no se produce ni asigna en mercados de intercambio. Es verdad que la economía tiene mucho que decir acerca de las instituciones del mercado, pero su relevancia y ámbito no están tan estrechamente limitados. La teoría económica solo requiere que haya que asignar recursos escasos entre usos en competencia. Está claro que la empresa del derecho (el uso de servicios de policía, tiempo de los tribunales y otros insumos en el proceso de crear el derecho y establecer el orden) requiere recursos escasos que deben asignarse. Más allá de eso, la teoría económica explica el comportamiento humano considerando cómo reaccionan las personas a incentivos y limitaciones.

Así que utilizando la teoría económica puede demostrarse convincentemente que las instituciones del sector privado (es decir, voluntarias o del mercado) son capaces de establecer fuertes incentivos que llevan a una eficaz creación y aplicación del derecho. Las limitaciones legales resultantes facilitan la interacción y apoyan el orden social al inducir a la cooperación y reducir la confrontación violenta- También puede demostrarse que las instituciones del sector público crean incentivos que pueden llevar a ineficiencias importantes

en la provisión de las mismas funciones. De hecho, nuestra confianza moderna en el gobierno para crear derecho y establecer el orden no es la norma histórica. Las fuerzas públicas de policía no se impusieron al pueblo hasta mediados del siglo XIX en Estados Unidos y Gran Bretaña, por ejemplo, y entonces solo afrontando una considerable resistencia ciudadana.[2] Las víctimas de los delitos desempeñaban el papel de acusadoras en Inglaterra hasta casi el final del siglo y no dieron paso a la acusación pública sin luchar.[3] Los fundamentos del derecho comercial se desarrollaron por la comunidad mercantil europea y fueron aplicados mediante tribunales mercantiles.[4]

Hasta hoy, el comercio internacional está "gobernado" en gran medida por los comerciantes, que crean, arbitran y aplican su propio derecho y en Estados Unidos al menos el 75% de las disputas comerciales se resuelven mediante arbitraje o mediación privados con decisiones basadas en la costumbre y la práctica comercial (derecho mercantil consuetudinario).[5] Los servicios de arbitraje, especialmente para disputas mercantiles, se han estado utilizando cada

---

[2] Truett A. Ricks, Bill G. Tillett y Clifford W. Van Meter, Principles of Security (Cincinnati: Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Co., 1981), p. 5 y Frank Morn, The Eye that Never Sleeps (Bloomington, Ind.: University Press, 1982), p. 8.

[3] Juan Cardenas, "The Crime Victim in the Prosecutorial Process", Harvard Journal of Law and Public Policy 9 (primavera 1986): 361.

[4] Leon Trakman, The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983); Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983) y Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", Southern Economic Journal 55 (enero de 1989).

[5] Jerold S. Auerbach, Justice Without Law (Nueva York: Oxford University Press, 1983), p. 113.

vez más durante algún tiempo, pero en los últimos años hemos sido testigos del desarrollo de un nuevo sector: tribunales privados con ánimo de lucro compitiendo con tribunales públicos para un amplio rango de disputas civiles.[6] Además, hay ahora más del doble de policía privada que de policía pública en Estados Unidos, al contratar los ciudadanos más vigilantes, guardas y expertos de seguridad altamente formados.[7] Entre 1964 y 1981, el empleo por empresas privadas ofreciendo servicios de protección y de detectives aumentaron en un 432,9% y el número de empresas ofreciendo esos servicios creció en un 285,5% durante el mismo periodo (ver Tabla 9.3).

Los individuos también están complementando cada vez más la protección del gobierno con esfuerzos propios.[8] Cada vez más ciudadanos están comprando armas de fuego para protección personal, instalando alarmas contra robo y comprando perros guardianes. Los ciudadanos están poniendo barras en sus ventanas, aprendiendo defensa personal, llevando silbatos y otros aparatos que hagan ruido y comprando dispositivos de autoprotección. Hay un creciente negocio en proporcionar automóviles a prueba de balas y sistemas de seguridad para ricos y poderosos que temen ser

---

[6] Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law"; Gary Pruitt, "California's Rent-a-Judge Justice", Journal of Contemporary Studies 5 (primavera de 1982): 49-57 y Richard Koenig, "More Firms Turn to Private Courts to Avoid Expensive Legal Fights" Wall Street Journal (4 de enero de 1984).

[7] Ricks, et al., Principles of Security, p. 13, y Norman K. Bottom y John Kostanoski, Security and Loss Control (Nueva York: Macmillan Publishing Co., 1983), pp. 31-32.

[8] Ver, por ejemplo, Research and Forecasts, Inc., America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live, Based on the Widely Publicized Figgie Report (Nueva York: New America Library, 1983). Esas acciones e individuos se explican con detalle en el Capítulo 9.

asesinados o secuestrados. También hay actividades más baratas, como vigilantes y patrullas de barrio o propiedad y grupos de escoltas. Una encuesta de Gallup indicaba que, a principios de la década de 1980, el 17% de los encuestados declaraban al menos una de estas actividades voluntarias de prevención del crimen en su vecindario.[9]

La gente se dirige al sector privado cuando la policía y los tribunales públicos están presuntamente disponibles porque hay una creciente insatisfacción con los esfuerzos del sector público por mantener el orden social. La insatisfacción de los ciudadanos aparece, en parte, debido una creciente creencia en que el gobierno no está controlando adecuadamente el delito. En 1982, el Figgie Report on Fear of Crime señalaba que "la mayoría de la gente ve las tasas de criminalidad en continuo crecimiento y considera cualquier disminución como una aberración, un reflujo temporal en la inexorable marea creciente de hurtos, robos a mano armada, asesinatos y terrorismo internacional". El informe destacaba asimismo que las estadísticas rebajan el nivel real del delito. Según el informe, se estima que no se contabilizan un 60% de todos los casos de robo personal en los que no hay contacto entre el ladrón y su víctima y se contabilizan menos del 50% de todas las agresiones, menos del 60% de todos los robos en domicilios, menos del 30% de los hurtos familiares y solo un poco más de todos los robos y violaciones.[10] Así, el Figgie Report concluía: "Estas sorprendentes estadísticas son o bien una medida de la falta de

---

[9] Lawrence Sherman, "Patrol Strategies for Police", in Crime and Public Policy, James Q. Wilson, ed. (San Francisco: Institute for Contemporary Studies Press, 1983), p. 145.

[10] Research and Forecasts, Inc., America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live, p. 105. Muchos otros han realizado este tipo de estimaciones, incluyendo Fuentes públicas. Ver, por ejemplo, la Comisión Presidencial sobre Aplicación de la Ley y Administración de Justicia, The Challenge of Crime in a Free Society (Nueva York: Arno Press, 1967), p. 22.

confianza pública en la capacidad de la policía para resolver delitos o una evaluación más realista de lo que es posible".[11] Después de todo, en 1980 menos del 20% de los delitos contabilizados llevaron a un arresto (por debajo del 26% en 1960) y al menos en un condado de California solo acabó condenado el 12% de los arrestados como delincuentes.[12] Él informa sobre víctimas de delitos en 1979 del Departamento de Justicia de EEUU indica que aproximadamente un 10% de los delitos no denunciados no lo hicieron porque la gente creía que la policía "no quiere que se le moleste".[13]

La insatisfacción con el aparato del derecho penal público se extiende también a los tribunales. Desde 1965, cada vez más gente cree que los tribunales no han sido suficientemente duros en los casos penales, aumentando desde el 48,9% en 1965 al 84,9% en 1978 (ver Tabla 1.1);[14] desde 1980 a 1986, este porcentaje se mantuvo bastante constante entre el 82% y el 86%.[15] Un estudio de 1972 indicaba que el 82% de los encuestados esta "algo" o "bastante" de acuerdo en que

---

[11] Research and Forecasts, Inc., ibíd., p. 105.

[12] U.S. Department of Justice, Uniform Crime Reports, para varios años (ver Tabla 12.1); Robert W. Poole, Jr., Cutting Back City Hall (Nueva York: Universe Books, 1978), p. 52.

[13] Research and Forecasts, Inc., America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live, p. 105.

[14] A. L. Stinchcombe, et al., Crime and Punishment – Changing Attitudes in America (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1980), p. 31.

[15] U.S. Department of Justice, Source Book of Criminal Justice Statistics – 1986 (Washington, D.C.: Bureau of Justice Statistics, 1987), pp. 86-87.

"las sentencias recientes del Tribunal Supremo han hecho más difícil castigar a los delincuentes".[16]

TABLA 1.1

TENDENCIAS EN ACTITUD HACIA LOS TRIBUNALES

FUENTE: A.L. Stinchcornbe et al. Crime and Punishment – Changing Attitudes in America (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1980), p. 31.

Encuesta	Fecha	Porcentaje que dice que los tribunales no son suficientemente duros
Gallup	3/1965	48,9%
Gallup	9/1965	59,3%
Gallup	1/1968	63,1%
Gallup	1/1969	74,4%
GSS	3/1972	74,4%
Gallup	12/1972	66,3%
GSS	3/1973	73,1%
GSS	3/1974	77,9%
GSS	3/1975	79,2%
GSS	3/1976	81,0%
GSS	3/1977	83,0%
GSS	3/1978	84,9%

[16] M. Blumenthal, et al. Justifying Violent Crime: Attitudes of American Men (Ann Arbor, Mich.: Institute for Social Research, 1972), p. 83.

El Figgie Report también concluía que el 80% de la muestra del estudio creía que el sistema de tribunales y prisiones era ineficaz a la hora de rehabilitar delincuentes. Más de la mitad de los encuestados (52%) pensaba que las sentencias de prisión dictadas actualmente no desaniman el delito y que la "política de puertas giratorias en el sistema de justicia hace un estancia en prisión una mera incomodidad para el delincuente experto".[17] Los acuerdos suponen hoy aproximadamente el 90% de las sentencias penales, lo que implica es que muchos delincuentes obtienen sentencias ligeras; además de eso, los delincuentes cumplen, de media, menos de la mitad de sus condenas en la cárcel (bajando del 61% en 1965).[18] Muchos creen también que las prisiones no cumplen con sus funciones de prevención y rehabilitación, sino que, por el contrario, sirven como "escuelas" para aprender a delinquir. De hecho, un estudio posterior en toda la nación de 78.143 convictos que salieron de prisión en 1972, descubrió que el 74% volvieron a ser arrestados.[19]

Los tribunales reciben malas notas de los ciudadanos también en el área civil. Una encuesta de 1978 descubrió que solo el 23% de los encuestados tenía un alto grado de confianza en los tribunales estatales y locales, mientras que un tercio de la muestra expresaba poca o ninguna confianza. Además, el 57% creía que la "eficacia en los tribunales" era un problema nacional grave.[20] Después de todo, los

---

[17] Research and Forecasts, Inc., America Afraid: How Fear of Crime Changes the Way We Live, p. 102.

[18] U.S. Department of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics – 1976 (Washington, D.C.: Bureau of Justice Statistics, 1977).

[19] . L. Barkas, Protecting Yourself Against Crime, Public Affairs Pamphlet N° 564 (Nueva York: The Public Affairs Committee, Inc., 1978), p. 20.

[20] JYankelovich, Skely y White, Inc., The Public Image of Courts: Highlights of a National Survey of the General Public, Judges, Lawyers and Community

retrasos en los tribunales pueden retrasar un juicio civil durante más de cinco años en algunos estados.[21]

¿Por qué es el retraso en los tribunales públicos un problema tal cuando la mayoría de los casos criminales se resuelven con acuerdos y la mayoría de las disputas mercantiles se resuelven por arbitraje privado? ¿Por qué entonces el sistema se basa tanto en la negociación y el arbitraje privado? ¿Por qué los ciudadanos piensan que deben gastar miles de millones de dólares en contratar policías privados y establecer sistemas privados de seguridad cuando el gobierno ya gasta miles de millones en una fuerza pública de policía? ¿Por qué están gastando las autoridades locales, estatales y federales dólares de los contribuyentes con empresas privadas para construir dotar y mantener prisiones cuando el sistema público de cárceles ya cuesta miles de millones de dólares? ¿Por qué las víctimas eligen no informar de una porción importante de todos los delitos cometidos? Estas preguntas y otras similares solo pueden responderse comparando las instituciones asociadas con la creación y aplicación del derecho en el sector público con sus equivalentes del sector privado. Ningún sistema es perfecto, pero la creciente insatisfacción con el rendimiento del sector público y la creciente confianza en alternativas del sector privado indican que es hora de cuestionar la presunción de que la ley y el orden deben proporcionarse por el gobierno.

En el análisis que sigue, considero asuntos como las características de los sistemas legales primitivos y la evolución del "common law" y

---

Leaders (Williamsburg, Va.: National Center for State Courts, 1978), Tabla III.6, p. 25 y Tabla IV.1, p. 29.

[21] Por ejemplo, ver la explicación en Robert W. Poole, Jr., "Can Justice Be Privatized?" Fiscal Watchdog 49 (Noviembre de 1980), p. 2 y William C. Wooldridge, Uncle Sam, the Monopoly Man (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), p. 1.

otros sistemas legales. Exploro la aplicación moderna del derecho, el comportamiento de policía, fiscales y jueces públicos y la corrupción política. También examino las tendencias actuales en la "contratación" pública con empresas privadas de servicios de policía y prisión y tendencias en la provisión de arbitraje, mediación y prevención del delito por el sector privado. Se explican temas de teoría legal, como el papel de la costumbre en el derecho y la cuestión de cómo debería definirse el "derecho". A través del análisis uso libremente los pensamientos de otros y los resultados de investigaciones, demostrando que muchas de las conclusiones relativamente amplias a las que se llega utilizando una perspectiva económica han sido alcanzadas por otros en sus aproximaciones complementarias, aunque relativamente más estrechas. Pero lo más importante es que partiendo de una literatura amplia y aparentemente dispersa puede llevar a una comprensión más completa del potencial para el mantenimiento del orden social por el sector privado. De esta manera, mediante el estudio podemos alcanzar una comparación más adecuada de la eficacia del sector público y privado en esta área vital de las políticas públicas

SISTEMAS LEGALES CONSUETUDINARIOS CON APLICACIÓN VOLUNTARIA

Una creencia muy extendida es que los gobiernos estatales y el derecho se desarrollan juntos y por tanto que la ley y el orden no podrían existir en una sociedad sin las instituciones organizadas autoritarias del estado. Una forma de disipar esta percepción es explicar que un estado-nación no es un prerrequisito para el derecho. Sin embargo, antes es necesario comprender qué quiere decir "derecho" y cómo funcionan los sistemas legales.

Si el derecho está sencillamente representado por cualquier sistema de normas, como han sugerido algunos,[22] entonces la "moralidad" y el derecho resultarían ser sinónimos. Lon Fuller consideraba que el "derecho" cuando se ve más apropiadamente "como una dirección del esfuerzo humano con un fin, consiste en la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas".[23] El derecho consiste tanto en reglas de conducta como en mecanismos o procesos para aplicar esas reglas. Las personas deben tener incentivos para reconocer reglas de conducta o si no las reglas se convertirán en irrelevantes, así que son necesarias las instituciones para su aplicación.

---

[22] Ver Bronislaw Malinowski, Crime and Custom in Savage Society (Londres: Routledge and Kegan Paul, 1926). [Publicado en España como Crimen y costumbre en la sociedad salvaje (Barcelona: Ariel, 1982)].

[23] Lon L. Fuller, The Morality of Law (New Haven: Yale University Press, 1964), p. 30.

Igualmente, cuando las implicaciones de las normas existentes no están claras, hacen falta instituciones para la resolución de disputas. Al cambiar las condiciones, deben existir mecanismos para el desarrollo de nuevas reglas y cambios en las antiguas. Así que los sistemas legales muestran características estructurales muy similares.[24] La definición del derecho de Fuller se acepta aquí, en parte porque permite al análisis del derecho centrarse en las instituciones implicadas en la producción y aplicación de normas legales y en los incentivos que llevan al desarrollo y aparecen como consecuencia de esas instituciones. Es decir, se dedica a un análisis económico de la empresa del derecho.

El derecho puede imponerse desde arriba por alguna autoridad coactiva, como un rey, un parlamento o un tribunal supremo o puede desarrollarse "desde el suelo" al evolucionar costumbres y prácticas.[25] El derecho impuesto desde arriba (derecho autoritario) normalmente requiere el apoyo de una minoría poderosa; el derecho desarrollado desde abajo (derecho consuetudinario) requiere una aceptación extendida. Hayek explicaba que muchos asuntos del derecho no tratan de:

> "si las partes han abusado de la voluntad de alguien, sino de si sus acciones han sido conformes con las expectativas que se habían formado razonablemente otras partes debido a que corresponderían a prácticas en las que se basa la conducta diaria de los miembros del grupo. La importancia de las costumbres es tal aquí que dan lugar a expectativas que guían las acciones de la gente y que serían consideradas como obligatorias serían por tanto aquellas prácticas en las que

[24] Ibid., pp. 150-151.

[25] Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983), p. 274.

> todos esperan ser observados y que por tanto condicionan el éxito de la mayoría de las actividades".[26]

El derecho consuetudinario se reconoce, no porque esté respaldado por el poder de algún hombre o institución fuerte, sino porque cada persona reconoce los beneficios de comportarse de acuerdo con las expectativas de los demás, siempre que los demás de comporten como ella espera. Por el contrario, si una minoría impone coactivamente el derecho desde arriba, entonces requerirá mucha más fuerza mantener el orden social de la que hace falta cuando el derecho se desarrolla desde abajo mediante reconocimiento y aceptación mutuos.

La reciprocidad es la fuente básica del reconocimiento de la obligación de obedecer la ley y la aplicación del derecho en un sistema de derecho consuetudinario. Es decir, los individuos deben "intercambiar" el reconocimiento de ciertas reglas de comportamiento para su beneficio mutuo. Fuller sugería tres condiciones que hacen de una obligación clara y aceptable para los afectados:

> "Primero, la relación de reciprocidad de la que deriva la obligación debe provenir de un acuerdo voluntario entre las partes inmediatamente afectadas: ellas mismas "crean" la obligación. Segundo, las actividades recíprocas de las partes deben ser en cierto sentido iguales en valor (…) No podemos hablar aquí de una identidad exacta, pues no tiene sentido en absoluto intercambiar, por ejemplo, un libro o una idea a cambio de exactamente el mismo libro o idea. El vínculo de

[26] F. A. Hayek, Law, Legislation and Liberty, vol. I (Chicago: University of Chicago Press, 1973), pp. 96-97. [Publicado en España como Derecho, legislación y libertad (Madrid: Unión Editorial, 2006)].

> reciprocidad une a los hombres, simplemente no a pesar de sus diferencias, sino debido a sus diferencias (…) Tercero, las relaciones dentro de la sociedad deben ser suficientemente fluidas como para que la misma obligación que hoy me debes te la deberé mañana a ti; en otras palabras, la relación de obligación debe ser reversible en la teoría y en la práctica".[27]

Como la fuente de reconocimiento del derecho consuetudinario es la reciprocidad, los derechos de propiedad privada y de los individuos probablemente constituyan las normas de conducta primarias más importantes en esos sistemas legales. Después de todo, el reconocimiento voluntario de las leyes y la participación en su aplicación probablemente solo se produzca cuando puedan internalizarse beneficios sustanciales por hacerlo para cada individuo. La sanción es frecuentemente la amenaza que induce el reconocimiento del derecho impuesto desde arriba, pero los incentivos deben ser muy positivos cuando prevalece el derecho consuetudinario. Las personas deben esperar obtener tanto o más que los costes que asumen de la implicación voluntaria en el sistema legal. La protección de la propiedad personal y los derechos individuales es un beneficio muy atractivo.

Bajo el derecho consuetudinario, los delitos son tratados como perjuicios (males o daños privados) en lugar de como crímenes (delitos contra el estado o la "sociedad"). Una acción potencial por una persona tiene que afectar a alguna otra antes de que pueda aparecer ninguna cuestión de legalidad; cualquier acción que no lo haga, como lo que hace sola o en cooperación voluntaria una persona con alguna otra de una forma que no dañe claramente a ninguna, no es probable que se convierta en una norma de conducta bajo el derecho consuetudinario. Fuller proponía que el "derecho

[27] Fuller, The Morality of Law, pp. 23–24.

consuetudinario" podría describirse mejor como un "lenguaje de interacción".[28] Facilitar la interacción solo puede lograrse con un reconocimiento de códigos claros de conducta (aunque no necesariamente escritos) aplicados mediante disposiciones de laudos aceptables recíprocamente y bien establecidas, acompañadas por sanciones legales efectivas.

James Buchanan preguntaba: si el gobierno se desmantelara "¿cómo reaparecerían los derechos y llegarían a ser respetados? ¿Cómo aparecerían 'leyes' que llevaran consigo el respeto general por su 'legitimidad'?" Respondía que sería necesaria la acción colectiva para crear un "contrato social" o "constitución" para definir derechos y establecer las instituciones para aplicar esos derechos.[29] Pero la acción colectiva puede alcanzarse mediante acuerdos mutuos, con normas útiles extendiéndose a otros miembros de un grupo. Demsetz explicaba que los derechos de propiedad se definirían cuando los beneficios de hacerlo cubran los costes de definir y aplicar dichos derechos.[30] Esos beneficios pueden hacerse evidentes porque se produzca una disputa, lo que implica que las normas no cubren adecuadamente alguna situación nueva. Las partes implicadas deben esperar que los beneficios de resolver la disputa (por ejemplo, evitar una confrontación violenta) y de establecer una nueva norma, superen los costes de resolver la disputa y aplicar la resolución resultante o no la llevarían al sistema de laudos.

---

[28] Lon L. Fuller, The Principles of Social Order (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981), p. 213.

[29] James Buchanan, "Before Public Choice", en Explorations in the Theory of Anarchy, ed. Gordon Tullock (Blacksburg, Va.: Center for the Study of Public Choice, 1972), p. 37.

[30] Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", American Economic Review 57 (mayo de 1967): 347-359.

La resolución de disputas puede ser un origen importante de cambios legales, ya que un árbitro hará normalmente más precisas esas reglas acerca de las cuales existan diferencias de opinión e incluso proporcionará nuevas normas debido a que las generalmente reconocidas no cubren una situación nueva.[31] Si el grupo relevante acepta la normativa, se convierte en parte del derecho consuetudinario, no porque se haya impuesto coactivamente a un grupo por alguna autoridad que respalde al tribunal. Así que tienden a seleccionarse a lo largo del tiempo las buenas normas que facilitan la interacción, mientras que las malas sentencias se ignoran.

La resolución de disputas no es la única fuente de evolución legal bajo el derecho consuetudinario. Las personas pueden observar a otros comportándose de una manera concreta en una nueva situación y adoptar un comportamiento similar, reconociendo el beneficio de evitar las confrontaciones. Las instituciones de aplicación evolucionan de manera similar debido al reconocimiento de beneficios recíprocos.

Consideremos el desarrollo de procedimientos de resolución de disputas. En un sistema consuetudinario no existe ninguna autoridad coactiva similar al estado para obligar a los disputantes a acudir a un tribunal. Como las normas del derecho consuetudinario son de la naturaleza de los perjuicios, la parte perjudicada debe buscar la condena. Bajo esas circunstancias, las personas tienen fuertes incentivos recíprocos para formar grupos de apoyo mutuo para asuntos legales. La construcción de dichos grupos puede reflejar familia (como pasaba frecuentemente en sociedades primitivas),[32]

---

[31] Hayek, Law, Legislation and Liberty, p. 99.

[32] Ver, por ejemplo: E. Adamson Hoebel, The Law of Primitive Man (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954); R. F. Barton, "Procedure Among the Ifugao", en Law and Warfare, ed. Paul Bohannan (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967); Bruce L. Benson,

religión (como en algunos grupos primitivos),[33] proximidad geográfica (como en la Inglaterra anglosajona),[34] similitud funcional (como en el derecho mercantil)[35] o disposiciones contractuales (por ejemplo, como en la Irlanda o la Islandia medievales).[36] Los miembros el grupo están obligados a ayudar a cualquier otro miembro en una disputa válida, siempre que el miembro haya cumplido en el pasado con sus obligaciones. Así, la capacidad de conseguir apoyo en una disputa depende de la lealtad recíproca.[37]

"Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law Without Government", Journal of Libertarian Studies 9 (invierno 1989): 1-26.

[33] Walter Goldsmidt, "Ethics and the Structure of Society: An Ethnological Contribution to the Sociology of Knowledge", American Anthropologist 53 (Octubre/Diciembre de1951): 506-524.

[34] Ver Bruce L. Benson, "The Evolution of Law: Custom Versus Authority" (ms., Tallahassee, Fl.: Florida State University, 1990).

[35] Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", Southern Economic Journal 55 (enero de 1989): 644-661; Leon E. Trakman, The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983); Berman, Law and Revolution.

[36] Joseph R. Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law", Journal of Libertarian Studies 1 (1977): 81-95. David Friedman "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case", Journal of Legal Studies 8 (marzo de 1979): 399-415. Ver también Terry Anderson y P. J. Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism: The Not So Wild, Wild West", Journal of Libertarian Studies 3 (1979): 9-29, para ejemplos del Oeste Americano en el siglo XVIII.

[37] El reconocimiento de la obligación de obedecer a normas de conducta existe en cualquier grupo interactivo, pero ver Robert A. LeVine, "The Internalization of Political Values in Stateless Societies", Human Organization 19 (1960): 58.

Si se produce una disputa, los grupos de apoyo recíproco dan a los individuos una posición de fuerza. Sin embargo, esto no significa necesariamente que las disputas se resuelvan mediante guerras entre grupos. La violencia es un medio costoso de resolver una disputa: si el acusador y su grupo de apoyo atacan al acusado, el grupo del acusado se ve obligado a vengar el ataque. Por consiguiente, las disposiciones y procedimientos para resolución no violenta de disputas deberían evolucionar muy rápidamente en los sistemas de derecho consuetudinario.

El impulso para la aceptación de la decisión en un sistema legal consuetudinario (así como en un sistema autoritario) es la amenaza omnipresente de la fuerza, pero el uso de dicha fuerza indudablemente no es probable que sea la norma. En su lugar, debe negociarse un acuerdo entre las partes. Frecuentemente se elige un árbitro o mediador aceptado por ambas partes para evaluar la disputa, pero este individuo (o grupo) no tendrá autoridad otorgada para imponer una solución entre los disputantes. Por tanto, la resolución debe ser aceptable para los grupos a los que pertenecen ambas partes de la disputa. El único poder real que tiene un árbitro o mediador bajo ese sistema es el de la persuasión.[38]

Si el agresor acusado es encontrado culpable, el "castigo" tiende a ser de naturaleza económica: restitución en forma de multa o indemnización a pagar por el demandado. La responsabilidad, el dolo, el valor del daño y la situación de la persona agraviada pueden considerarse al determinar la indemnización. Toda invasión de la persona o propiedad se valora generalmente en términos de propiedad. Un juicio bajo derecho consuetudinario normalmente es aplicable debido a una amenaza efectiva de un ostracismo total por parte de la comunidad (por ejemplo, la tribu primitiva, la comunidad

[38] Ver Fuller, The Principles of Social Order, p. 134.

mercantil). Las reciprocidades entre los grupos, el reconocimiento de los altos costes de rechazar aceptar buenos juicios, ponen fuera del grupo de apoyo a quienes rechazan ese juicio y los convierten en marginados o "forajidos". Las resoluciones tienden a ser aceptadas debido al miedo a esta severa sanción del boicot.

Carl Menger propuso que el origen, formación y proceso definitivo de todas las instituciones sociales (incluido el derecho) es esencialmente el mismo que el orden espontáneo que describió Adam Smith para los mercados.[39] Los mercados coordinan las interacciones, igual que el derecho consuetudinario. Ambos se desarrollan así porque las acciones que tratan de coordinar se realizan más eficazmente bajo un sistema o proceso que bajo otro. La disposición institucional más efectiva reemplaza a la menos efectiva.

El proceso evolutivo no es el de un diseño deliberado. En el caso de sociedades primitivas, por ejemplo, los primeros grupos de parentesco o vecindad eran en la práctica disposiciones sociales para internalizar beneficios legales recíprocos (así como otros beneficios que derivaban de la producción cooperativa, la defensa, las prácticas religiosas, etc.) respecto de las disposiciones previamente existentes.

---

[39] Carl Menger, Problems of Economics and Sociology (Urbana: University of Illinois Press, 1963) y Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Nueva York: Modern Library, 1937). [Publicado en España como La riqueza de las naciones (Madrid: Alianza Editorial, 2010)]. Sin embargo, como explicaba Hayek, mientras que las ideas de Smith y Menger respecto de la evolución del orden social "parecen establecerse firmemente [en varias de las ciencias sociales], otra rama del conocimiento de mucha mayor influencia, la jurisprudencia, siegue estando casi completamente sin afectar por él". Ver Studies in Philosophy, Politics and Economics (Chicago: University of Chicago Press, 1967), p. 101. [Publicado en España como Estudios de filosofía, política y economía (Madrid: Unión Editorial, 2012)].

Otros veían algunos de estos beneficios y, o bien se unían a los grupos existentes, o bien copiaban sus características exitosas y formaban nuevos grupos. Ni los miembros de los primeros grupos, ni los de los que los seguían tenían que entender qué aspectos concretos del contrato facilitaba realmente las interacciones que llevaban a un orden social mejorado. Un ejemplo de sistema legal primitivo se revela en la obra de Leopold Popisil con los papuanos kapauku de Nueva Guinea Occidental.

LOS PAPUANOS KAPAUKU DE NUEVA GUINEA OCCIDENTAL

En 1954, Popisil empezó a realizar una investigación entre los papuanos kapauku, un grupo lingüístico primitivo de en torno a 45.000 personas que vivía de la horticultura en la parte occidental de la meseta central de Nueva Guinea Occidental. Descubrió que sus acuerdos recíprocos de apoyo y protección se basaban en el parentesco. Los miembros de dos o más linajes paternos, sin embargo, normalmente se unían para fines defensivos o legales, aunque a menudo pertenecieran a diferentes hermandades. Estas "confederaciones" generalmente abarcaban de tres a nuevas villas, consistiendo cada villa en torno a quince familias.

Los kapauku no tenían ninguna autoridad gubernamental formal con poder coactivo. La mayoría de los observadores concluían que había una falta de liderazgo entre esta gente, pero un administrador holandés apuntaba que "hay un hombre que parece tener alguna influencia sobre los demás. Se la llama con el nombre de tonowi, que significa 'el rico'. Sin embargo, dudaría en llamarle jefe o líder en absoluto; primus inter pares [el primero entre iguales] sería una mejor designación para él".[40] Popisil sugería que para entender el papel y prestigio del tonowi, uno debe reconocer dos "valores básicos" de los kapauku: el individualismo y la libertad física. Por ejemplo, era evidente un sistema detallado de propiedad privada y no había propiedad común.

[40] Citado en Leopold Popisil, Anthropology of Law: A Comparative Theory (Nueva York: Harper and Row, 1971), p. 65.

> "Una casa, un bote, arco y flechas, campos, cosechas, porciones de renovales o incluso una comida compartida por una familia siempre son propiedad de una persona. La propiedad individual (…) está tan extendida en el Valle de Kamu que encontramos la selva virgen dividida en tramos que pertenecen a individuos. Parientes, maridos y esposas no poseen nada en común. Incluso un niño de once años puede tener su propio terreno y su dinero y desempeñar también el papel de deudor y acreedor".[41]

El papel primordial de los derechos individuales también era evidente en la posición del tonowi, normalmente "un hombre rico en la flor de la vida" que había acumulado una buena cantidad de riqueza. Era, informaba Popisil, "un hombre que tiene una gran cantidad de dinero en conchas de caurí, un gran reconocimiento, varias esposas, aproximadamente veinte cerdos, una casa razonablemente grande y muchos campos cultivados".[42] La riqueza individual casi siempre dependía del esfuerzo laboral y la habilidad, así que un tonowi era generalmente una persona madura y hábil con considerables capacidades físicas e intelectuales. Pero no todos los tonowis conseguían el respeto necesario para asumir el liderazgo. "La forma en que se adquiere el capital y cómo se use suponen una gran diferencia",[43] concluía Popisil: "los nativos favorecen a los candidatos ricos que sean generosos y honrados. Estos dos atributos están muy valorados por la cultura".[44]

---

[41] Ibid., p. 66.

[42] Ibid., p. 67.

[43] Ibid.

[44] Ibid., pp. 68-69.

Cada individuo en la sociedad podía elegir contratar a cualquier tonowi disponible (disponibilidad generalmente implicaba parentesco). Normalmente, los seguidores se convertían en deudores de un tonowi a cambio de aceptar realizar ciertas tareas en apoyo del tonowi. Los seguidores obtenían sin embargo mucho más que un préstamo: "La expectativa de favores y ventajas futuros es probablemente la motivación más potente para la mayoría de los seguidores del jefe (…) Incluso individuos de confederaciones vecinas pueden seguir los deseos de un tonowi en caso de que pueda necesitarse su ayuda en el futuro".[45] Así que el liderazgo del tonowi se da, no se toma, y refleja en buena medida una capacidad para "persuadir a la unidad para apoyar en un hombre en una disputa o a luchar por su causa".[46] Así que esta posición de liderazgo se alcanza mediante intercambio recíproco de apoyos entre un tonowi y sus seguidores, apoyo que podría retirarse libremente por cualquier parte (por ejemplo, por el pago de deuda o reclamación de devolución).[47] La informalidad y las características contractuales del liderazgo kapauku llevaron a muchos observadores occidentales a concluir que a la sociedad kapauku le faltaba derecho, pero hay evidencias claras de que se reconocía un derecho y que los procesos de laudo y cambio existían en el sistema legal kapauku.

---

[45] Ibid., pp. 69-70.

[46] Ver ibid., p. 69.

[47] Ibíd., p. 80.

RECONOCIMIENTO.

El reconocimiento del derecho se basaba en el parentesco y las reciprocidades contractuales motivadas por los beneficios de los derechos individuales y la propiedad privada. De hecho, existía una codificación mental de normas abstractas, así que las decisiones legales eran parte de un "orden en marcha".[48] Frases o referencias gramaticales a costumbres, precedentes o normas concretos estaban presentes en todas las decisiones de laudos que observó Popisil. Concluía: "una sentencia legal no solo resuelve un caso concreto, sino que asimismo formula un ideal, una solución a utilizar en una situación similar en el futuro. El componente ideal obliga a todos los demás miembros del grupo que no participaron en el caso considerado. El propio [árbitro] recurre a sus sentencias previas para ser coherente. En cierto modo, también le obligan. Los juristas hablan en tal caso acerca de la fuerza obligatoria del precedente".[49]

LAUDO.

El "proceso legal" kapauku parece haber estado muy normalizado, casi hasta el punto de ser un ritual. Normalmente empezaba con una ruidosa riña en la que el acusador acusaba al acusado de cometer un acto dañino, mientras el acusado respondía con negativas o justificaciones. La riña implica gritos para atraer a otra gente, incluyendo a uno o más tonowis. Parientes cercanos y amigos de los afectados en la disputa prestaban opiniones y testimonios en discursos ruidosos y emotivos, El tonowi generalmente escuchaba hasta que el intercambio se acercaba a la violencia, cuando empezaba su

[48] Ibíd. p. 36.

[49] Ibíd.

argumentación. Si esperaba demasiado, podía producirse una "pelea con palos" o incluso una guerra, pero esto era raro (Popisil observó 176 sentencias a disputas, incluyendo "casos difíciles" y solo cinco llevaron a peleas con palos y una acabó en guerra).[50] El tonowi empezaba "amonestando" a los disputantes para que tuvieran paciencia y luego procedía a preguntar a los acusados y los distintos testigos. Buscaba evidencias en el escenario del perjuicio o en la casa del acusado. Popisil indicaba: "Habiendo garantizado la evidencia y aclarado el trasfondo factual de la disputa, la autoridad empieza la actividad llamada por los nativos boko duwai, el proceso de tomar una decisión e inducir a las partes en la disputa a seguirla".[51]

Cuando se le juzga culpable, se castiga al kapauku. Las sanciones varían considerablemente dependiendo del perjuicio. A pesar de uso de una amplia gama de sanciones, sin embargo, la preocupación principal del kapauku por la libertad individual impedía la prisión y tampoco se permitía la tortura ni el daño físico. Como las sociedades primitivas en general, "las sanciones económicas eran con mucho las más preferidas entre los kapauku".[52] Popisil obervó varios casos en los que sencillamente se ordenaba al acusado que pagara la suma estipulada en un contrato incumplido o a proceder a una indemnización monetaria. A veces se pedía a los acusados que devolvieran préstamos a su tonowi¸ perdiendo así su acuerdo recíproco de protección.

El kapauku sí recurría a veces al castigo físico, pero, en cierto sentido, su uso del castigo físico reflejaba en realidad el papel primordial de los derechos individuales. Los acusados a menudo podían elegir entre una sanción económica y otra física, y podían sopesar los costes

---

[50] Ibíd., p. 65.

[51] Ibíd.

[52] Ibid., p. 93.

personales y familiares de las alternativas. Una forma de sanción física era golpear la cabeza y hombros del condenado con un palo. Los condenados no estaban atados, así que podían responder, pero en todos los casos, observaba Popisil, se sometían sin defenderse.

El pago económico aparentemente se consideraba una sanción insuficiente para unos pocos delitos, pero incluso en esos casos "un abyecto criminal o un enemigo capturado sería matado, pero nunca torturado o privado de libertad".[53] Al mantener el énfasis en la libertad individual, la ejecución normalmente tenía lugar en una emboscada con arco y flechas: "Un culpable (…) siempre tiene la posibilidad de correr o responder".[54]

El ostracismo adoptaba una o dos formas generales. Primera: "la más terrible y temida de las sanciones psicológicas y sociales del kapauku es la reprimenda pública".[55] Igualmente podía emplearse el castigo por brujería o mediante espíritus ayudando al chamán, siendo "la enfermedad y la muerte el efecto (psicosomático) final de este castigo 'sobrenatural'".[56] Segundo, cuando el delincuente no acepte un juicio que el grupo considere justo, podía ser declarado fuera de la ley, Sus acuerdos recíprocos de protección ya no estarían en vigor, así que cualquiera de la confederación estaba obligado a perseguirle, ya sea matándolo o expulsándolo del área (lo que presumiblemente también le llevaría a su muerte).

---

[53] Ibíd., p. 65.

[54] Ibíd

[55] Ibid., p. 93. Ver también Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies".

[56] Ibid., p. 94.

¿Qué pasaba si un tonowi era ineficaz o poco honrado en su papel legal? Está claro que era posible un cambio de líder; de hecho, un fin del procedimiento kapauku que implicaba la articulación de reglas relevantes por el tonowi era alcanzar la aceptación pública de su gobierno. Después de todo, una fuente de "la afinidad entre legalidad y justicia consistía sencillamente en el hecho de que una norma articulada y hecha pública permite a la gente juzgar su justicia".[57]

Entre los kapauku, "todo subgrupo en funcionamiento (…) tiene su propio sitema legal, que es necesariamente diferente en algunos aspectos de los de los demás subgrupos (…) Como un individuo es simultáneamente un miembro de varios subgrupos de distinta inclusión (por ejemplo, un kapauku es miembros de su familia, sublinaje, linaje y confederación política (…)) está sujeto a todos los distintos sistemas legales de los subgrupos de los que es miembro".[58] Había también diferencias entre las leyes de estos sistemas legales de forma que un individuo estaba sujeto a varios sistemas legales con distintas leyes. Advirtamos, sin embargo, que la multiplicidad de sistemas legales es la norma tanto entre las sociedades primitivas como en las modernas dominadas por el estado,[59] porque la gama de interacciones va de la intimidad en un extremo (por ejemplo, relaciones e familia) a través de las interacciones con extraños amistosos (por ejemplo, transacciones comerciales) hasta la hostilidad en el otro (por ejemplo, enemigos o naciones hostiles). La naturaleza de la interacción cambia sustancialmente de un nivel a otro, así que

[57] Fuller, The Morality of Law, p. 159.

[58] Popisil, Anthropology of Law, p. 107.

[59] Ver, por ejemplo, Karl N. Llewellyn y E. Adamson Hoebel, The Cheyenne Way (Norman: University of Oklahoma Press, 1961): 53.

una facilitación eficaz de estos diversos tipos de interacción requiere distintas leyes y procedimientos.[60]

Entre los kapauku, un individuo solo puede ser juzgado por un tonowi de un grupo al que pertenezca. Así, una disputa era asumida por el tonowi del grupo menos inclusivo que incluya a ambos litigantes como miembros.[61] El estatus del tonowi era acumulativo y la designación del tonowi de un grupo relativamente inclusivo (por ejemplo, una confederación) se hacía sobre el tonowi del subgrupo constituyente más grande. Si dos litigantes estaban en la misma familia, la jurisdicción para la disputa estaba al nivel de la familia: dos partes de distintas familias, pero del mismo sublinaje eran juzgadas por un tonowi de ese sublinaje y así sucesivamente. El tonowi de una confederación podría considerarse como una especie de "magistrado jefe", pero no había apelación de un nivel al siguiente, así que los únicos casos juzgados eran aquellos en los que los litigantes no eran del mismo linaje.[62]

Los tipos de ley de los laudos y de sanciones que podían emplearse variaban de nivel a nivel.[63] Las disputas sobre el rechazo de la cooperación económica, faltas de etiqueta y disputas verbales, por ejemplo, se resolvían solo a nivel familiar; los delitos de guerra y la

---

[60] Fuller, The Principles of Social Order, p. 243. Ver también Malinowski, Crime and Custom in Savage Society; Max Gluckman, The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia (Manchester, England: Manchester University Press, 1955).

[61] Popisil, Anthropology of Law, p. 111.

[62] Las villas en realidad no tenían ninguna función política o legal. Un sublinaje podía ocupar varias villas y una villa podía contener familias de distintos sublinajes. La función legal quedaba en el sublinaje, no en la villa. Ibíd., p. 120.

[63] Ibíd., p. 111.

deslealtad se veían solo al nivel de confederación. Así que las normas de adjudicación entre los kapauku incluían delineaciones jurisdiccionales específicamente detalladas.

CAMBIO.

El derecho kapauku no era estático y Popisil documentaba dos formas en las que podía producirse "legislación". Primero, la ley podía cambiar al cambiar la costumbre. Por ejemplo, antes de 1954 una mujer adúltera era ejecutada por su marido. Pero al aumentar el precio de las esposas, los hombres (particularmente los hombres relativamente pobres) se dieron cuenta de que la sanción era demasiado costosa y el castigo se cambió a azotes y lesiones a la adúltera. La nueva sanción consuetudinaria fue adoptada por los tonowi en cuatro casos de adulterio observados por Popisil durante 1954-55:

> "Así que lo que empezó como una práctica más económica entre los maridos más pobres se convirtió en derecho consuetudinario al ser incorporada en las sentencias legales".[64]

De forma similar, una ley podía perder su apoyo popular y derogarse. Un segundo procedimiento de cambio legal se observó cuando se produjo un cambio en las leyes sobre incesto en un linaje debido a una "legislación exitosa" de un tonowi de un sublinaje. Popisil informaba: "tuvo éxito al cambiar una vieja norma de exogamia familiar a una nueva ley que permitía matrimonios entre parientes a partir de primos segundos".[65] Esta legislación no obligaba a que otros

[64] Ibíd., p. 205.

[65] Ibíd., p. 110.

la cumplieran, pero su aceptación se extendió al adoptarla voluntariamente los individuos. Primero fue adoptada por el tonowi, luego por los jóvenes de su sublinaje y finalmente por tonowis de otros sublinajes dentro del mismo linaje. El jefe de la confederación acabó aceptando la nueva ley, pero otros linajes en la misma confederación no lo hicieron. Así que las leyes de incesto variaban entre linajes dentro de la misma confederación. Este cambio legal fue una innovación legal intencionada iniciada por un tonowi, aunque su adopción era voluntaria.

Derecho en sociedades primitivas: Algunas generalidades. Como muchos científicos sociales y juristas creen que las sanciones físicas administradas por una autoridad coactiva son el criterio básico del derecho, se ha calificado a muchas sociedades primitivas como "sin derecho". El ejemplo de la ley entre los kapauku niega claramente este punto de vista, y es solo un ejemplo entre muchos.[66] Como explicaba Hoebel, en prácticamente todas las sociedades primitivas:

> "el grupo de la comunidad, aunque pueda ser étnicamente una parte de una tribu, es autónomo e independiente políticamente. No hay estado tribal. El liderazgo reside en jefes del grupo familiar o local, que tienen poca autoridad coactiva y a los que por tanto les faltan medios tanto para explotar como para juzgar. No son elegidos explícitamente para el cargo, sino que más bien llevan el consentimiento tácito de sus seguidores y pierden su liderazgo cuando la gente empieza de dejar de aceptar sus sugerencias. (…) Como tal, su liderazgo se limita a la acción en asuntos de rutina. El tirano patriarcal de la horda primitiva no es sino una

[66] Ver Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies".

invención de la especulación del siglo XIX (…) Pero la anarquía primitiva no significa desorden".[67]

El sistema legal visible en la cultura kapauku (y en muchas otras sociedades primitivas) muestra varias características:

1. Reglas primarias caracterizadas por una preocupación predominante por los derechos individuales y la propiedad privada.
2. La responsabilidad en la aplicación del derecho recae en la víctima respaldada por acuerdos recíprocos para protección y apoyo en una disputa.
3. Procedimiento de laudo estandarizados, establecidos para evitar formas violentas de resolución de disputas.
4. Delitos tratados como perjuicios y normalmente punibles con pagos económicos de indemnizaciones.
5. Fuertes incentivos para aceptar el castigo prescrito al ser culpable de un delito, debido a la amenaza establecida recíprocamente de ostracismo social.
6. Cambios legales producidos mediante un proceso evolutivo de desarrollo de costumbres y normas.[68]

Al estudiar los incentivos e instituciones del derecho primitivo resulta evidente que han existido exactamente los mismos tipos de sistemas legales consuetudinarios en sociedades más complejas, que van de la Islandia medieval, Irlanda y la Inglaterra anglosajona al desarrollo del derecho mercantil medieval e incluso a la frontera del oeste en Estados Unidos durante el siglo XIX.[69]

---

[67] Hoebel, The Law of Primitive Man, p. 294.

[68] Benson, "Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies".

LOS INICIOS DEL "COMMON LAW"

El derecho anglosajón anterior a la invasión normanda tenía prácticamente todas las características de los sistemas legales primitivos. Las evidencias de la naturaleza del primer derecho inglés provienen principalmente de unos pocos "códigos" compilados por reyes que llegaron al poder durante el último periodo anglosajón. Además, se escribieron varios tratados o costumarios después de la conquista normanda en un esfuerzo por compilar el derecho consuetudinario del momento, mucho del cual era de origen anglosajón.[70] Sir James Stephen concluía en 1883 que "la impresión general que genera [una compilación así] es que [los anglosajones] tenían una abundancia de costumbres y leyes suficientemente bien establecidas para fines prácticos".[71] Igualmente, Sir Frederick Pollock y Frederick Maitland suponían que "las leyes escritas anglosajonas (…)

[69] Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law"; Anderson and Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism"; John Umbeck, A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush (Ames: Iowa State University Press, 1981).

[70] Sir Frederick Pollock y Frederick W. Maitland, The History of English Law, vol 1 (Washington, D.C.: Lawyers' Literary Club, 1959), pp. 10-27.

[71] Sir James F. Stephen, A History of the Criminal Law of England, vol. 1 (1883; reimperso en Nueva York: Burt Franklin, 1963), p. 52.

eran meras superestructuras de una bases consuetudinaria mucho mayor".[72]

Los primeros códigos no definían delitos, pero sí definían como ilegal una gran proporción de perjuicios que aparecen e un código penal moderno.[73] De hecho, las leyes anglosajonas estaban muy preocupadas con la protección de los individuos y su propiedad. En particular, los perjuicios infligidos a personas estaban contemplados minuciosamente en las leyes que incluían el pago económico apropiado para el homicidio, varios tipos de lesiones, la violación y los ataques indecentes. Igualmente, en los códigos se trataba extensamente el robo. El derecho de propiedad no estaba escrito, así que puede encontrarse pocos detalles concretos, pero el derecho de posesión era claramente el concepto principal del derecho de propiedad:

> "Es la posesión lo que tiene que defenderse o recobrarse y poseer sin disputas o por garantía judicial después de una disputa real o fingida es la única base segura de título y fin del conflicto. Debe admitirse un derecho a poseer, distinto de la posesión real, si hay algún tipo de reparación judicial, pero es solo a través de la concepción de ese derecho concreto como la propiedad encuentra un lugar en la ley germánica [y por tanto anglosajona] pura. Los que hayan estudiado el aprendizaje moderno de derechos de propiedad y remedios saben que nuestro "common law" en realidad no ha abandonado nunca este punto de vista".[74]

---

[72] Pollock y Maitland, The History of English Law, vol. 1, p. 27.
[73] Stephen, A History of the Criminal Law of England, vol. 1, p. 53.

[74] Pollock y Maitland, The History of English Law, vol. 1, p. 57.

Advirtamos la sorprendente similitud en destacar el daño y la propiedad individual entre el derecho anglosajón y germánico y las leyes de las sociedades primitivas.

Las tribus germánicas primitivas de las que descendían los anglosajones tenían al parentesco como la base para el reconocimiento recíproco y aplicación del derecho.[75] La familia era recíprocamente responsable de la protección y de la persecución cuando se producía un perjuicio y la persecución con éxito generaba un pago de restitución definido por un sistema de wergeld o precio del hombre (wer).[76] Sin embargo eran más que acuerdos de vigilancia recíproca: implicaban también claramente una responsabilidad de fianza. Como apuntaba Lyon, la familia tenía un "responsabilidad de enmendar" los perjuicios causados por uno de sus miembros.[77] Los anglosajones llevaron este sistema a Inglaterra y pocas dudas puede haber de que "la familia es uno de los enlaces principales de la sociedad anglosajona y uno de los fundamentos de su derecho (…) la familia era un grupo tan poderoso y tan arraigado por la costumbre que nunca dio completamente prioridad al gobierno".[78]

Cuando los anglosajones se trasladaron a Gran Bretaña poco después de del año 450, estaban generalmente liderados por jefes tribales de guerra. Las tribus germánicas estaban divididas en pagi, cada una de

---

[75] Bruce Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, 2d ed. (Nuva York: W. W. Norton, 1980), p. 83.

[76] Esto se corresponde con el sistema de precio dehonor irlandés descrito por Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law".

[77] Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 83. Ver también Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law"; Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law".

[78] Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 83.

las cuales estaba compuesta por vici. Lyon sugería que un pagus podría haber consistido en cien hombres o familias, mientras que los vici eran subdivisiones del pagus responsables de la aplicación de la ley.[79] Es posible que estos vici estuvieran ligados por parentesco. Como explicaba J. H. Baker, las reuniones públicas se hacían para:

> "animar a las partes a resolver sus diferencias o al menos someterlas a arbitraje. Las partes pueden exponer sus agravios ante sus compañeros y tal vez con consejo comunal llegara un compromiso. Si las partes no pueden llegar a un acuerdo, la comunidad no actúa como juez o jurado, sino que puede acordar la prueba que las partes, o una de ellas, debería realizar para establecer la verdad sobre el asunto. Procedimientos de este tipo no evolucionan mediante coacción, sino que las partes que no cooperan pueden quedar fuera de la protección de la comunidad".[80]

En el siglo X, en buena parte de la Gran Bretaña anglosajona, había una institución legal claramente reconocida llamada el "ciento". Los fines principales de las organizaciones eran reunir el ganado extraviado y dispensar [81] Un miembro del ciento, el hundredsmann, era reconocido como oficial en jefe al que se le informaba cuando se producía un robo e informaba a los hombres de varios "tithing" que constituían el ciento y tenían una terea recíproca de perseguir al ladrón. El tithing evidentemente no se basaba en el parentesco (como podía haber pasado con los vici): era aparentemente un grupo de

---

[79] Ibíd., p. 59.

[80] J. H. Baker, An Introduction to English Legal History (Londres: Butterworths, 1971), p. 10.

[81] Peter Hunter Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England (Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 1956), p. 232.

vecinos, muchos de los cuales probablemente fueran parientes. Al desaparecer las reciprocidades del parentesco, tal vez debido a la creciente movilidad, probablemente se organizaron grupos de vecinos. Estos grupos voluntarios estaban claramente pensados como asociaciones cooperativas de protección y aplicación del derecho. Stephen los describía como "el sistema policial del país, y en ese aspecto [sus miembros] tenían diversas obligaciones, de las que al más importante era la de levantarse en caso de alboroto y buscar ladrones y ganado perdido". Pero su papel iba más allá del policial, también "hacían a todos responsables de todos sus vecinos".[82] El tithing asumió las funciones legales de los vici.

Un individuo que no estuviera ligado a un grupo así era en la práctica un marginado, obligado a ser autosuficiente, así que los individuos tenían fuertes incentivos para unirse a un grupo. Sin embargo, como otros en el grupo proporcionaban garantía (crédito) para todos los miembros., no aceptarían o mantendrían a alguien que hubiera cometido alguna falta importante,[83] proporcionando fuertes incentivos para cumplir la ley.

> "Este sano sistema tendía a reducir o impedir la introducción en cualquier sociedad de alguien que no tuviera credenciales provenientes de una participación anterior pacífica en una sociedad de garantía (…) Así que las relaciones sociales se mantenían solo con gente que compartía la protección de garantía".[84]

---

[82] Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 66.

[83] Pollock y Maitland, History of English Law, p. 48.

[84] Leonard P. Liggio, "The Transportation of Criminals: A Brief Political Economic History", en Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and

En la práctica, todos los que querían participar y beneficiarse del orden social estaban relacionados.

Las organizaciones de tithings y cientos también realizaban la función judicial local.[85] Cuatro miembros del tithing actuaban como "demandantes" de un tribunal de ciento, junto con cuatro miembros de todos los demás tithings dentro de la jurisdicción del tribunal. "El tribunal constaba de los demandantes como colectivo, pero un cuerpo representativo de doce parece haber sido instituido como comité judicial del tribunal".[86] Este comité servía de árbitro en disputas entre miembros de grupos de los tithings del área. Las disputas entre personas que no estaban en la misma jurisdicción del ciento se llevaban a un tribunal del condado. Todos los demandantes en los tribunales de ciento dentro de un condado eran asimismo demandantes en el tribunal del condado, pero aquí también un comité de doce hombres servía a la función judicial de arbitraje. Por encima del tribunal del condado había aparentemente un tercer tribunal para resolver disputas entre personas que no residieran dentro de la jurisdicción de un condado.[87]

Las organizaciones del ciento se han considerado una importante innovación implantada por los reyes anglosajones antes del siglo X, pues los cientos fueron descritos en algunos de los primeros códigos reales. Por ejemplo, Lyon ha argumentado que, al crecer sus reinos, los reyes necesitaban una forma de organizar el gobierno local, así que completaron "las obligaciones de la familia en protección y familia

---

the Legal Process, ed. Randy E. Barnett y John Hagel III (Cambridge, Mass.: Ballinger Press, 1977), p. 274.

[85] Ver también Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law"; Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 240.

[86] Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 68.

[87] Ibíd., p. 67.

introduciendo (…) el tithing".[88] De acuerdo con esta opinión, la legislación autoritaria real "obligó" a los hombres libres a unirse en un acuerdo de garantía y a ejercitar la función de policía de los tithing. Sin embargo, Blair apuntaba que esta interpretación "equivoca la naturaleza de los códigos legales anglosajones que no estaban tan preocupados con la promulgación de nuevo derecho como con la codificación de las costumbres establecidas. Hay pocas dudas de que el ciento [y el tithing] estaba funcionando como una unidad" antes de aparecer en ningún código.[89]

Hay varias razones más para creer que los acuerdos recíprocos de los anglosajones se corresponden con los de las sociedades primitivas (y de otras más avanzadas como Islandia e Irlanda). Una razón principal para reconocer la obligación recíproca en estos sistemas era que los delitos se trataban como perjuicios con la restitución económica como forma principal de castigo. Así, las víctimas potenciales reconocían que para recuperar sus pérdidas cuando se producía un delito, probablemente necesitarían apoyo de la comunidad. En consecuencia, estaban obligados a respaldar las demandas de otros en reciprocidad.

Un grupo de normas bien establecidas apareció algunos siglos antes de que hubiera registros escritos.[90] Cuando aparecía una disputa, estaba sujeta a arbitraje acabando con un pago prescrito al ganador.[91] Los pagos monetarios podían decidirse para cualquier delito cometido por el agresor.[92] Por ejemplo, "un acto de homicidio puede pagarse

---

[88] Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 84.
[89] Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 235.

[90] Ver, por ejemplo, Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law".

[91] Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 62.

con dinero (…) el delincuente puede comprar la paz que rompió".[93] El rechazo a someterse a arbitraje generaría un derecho legal del acusador a tomar la vida del acusado.[94] Igualmente, rechazar aceptar la multa monetaria ponía al acusador fuera de la ley.[95] El rechazo de ambas partes a acatar la decisión del tribunal llevaba por tanto a quedar fuera de la ley y a una potencial guerra de clanes.

Algunos historiadores han considerado el quedar fuera de la ley y las guerras de clanes como las sanciones legales principales antes de los esfuerzos de los reyes para obligar a la aceptación de la restitución económica.[96] Sin embargo, con total probabilidad, dados los incentivos que aparecen en los sistemas legales consuetudinarios y las instituciones resultantes del derecho primitivo, la guerra de clanes era un recurso válido solo después de que se hiciera un intento de ir a juicio, mucho antes de que los reyes fueran activos en derecho. De esta manera, el potencial de esa violencia se usaba para obligar al cumplimiento de la sanción monetaria establecida por los tribunales.[97] Además, debido a que los primeros códigos escritos eran articulados de costumbres existentes, el sistema de wergeld probablemente precedió a su aparición. Igual que en el derecho primitivo en general, la amenaza de violencia se usaba para crear incentivos que podrían llevar a una resolución pacífica. Además, un fuera de la ley recibía el ostracismo de la sociedad en general y la retribución física se

---

[92] Ver Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 2, p. 50; Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 58.
[93] Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 2, p. 451.
[94] Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 62.

[95] Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, pp. 47-48.

[96] Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 84.

[97] Ver ibíd., pp. 84, 85.

convertía en responsabilidad de toda la comunidad. La amenaza de ostracismo social parecería haber sido bastante grave, proporcionando incentivos muy fuertes a someterse y cumplir las decisiones arbitrales.

Las instituciones se crearon para evitar la violencia incluso cuando una persona era incapaz de pagar su multa. Para ciertos delitos que implicaban multas especialmente grandes, por ejemplo, se daba al delincuente hasta un año para pagar.[98] Pero había también otra opción. "La esclavitud era una sanción reconocida cuando el ladrón era incapaz de indemnizar. Esto (…) podría considerarse como entregar la persona del deudor como indemnización en lugar de un castigo en el sentido moderno".[99]

Cuando las leyes empezaban a registrarse, los ealdormen (luego llamados condes) se habían convertido en los representantes nombrados del rey y, en el siglo IX, en parte de la aristocracia. La posición nombrada probablemente evolucionó a partir de una disposición tribal o de parentesco que incluía a un individuo respetado (anciano) cuya opinión tenía un peso especial en la comunidad (es decir, como un tonowi entre los kapauku).[100] Los primeros códigos dejaban claro que "el ealdorman y el rey en necesidad, pueden ser llamados si el demandante no es suficientemente fuerte; en otras palabras, al que deniega contumazmente la justicia puede considerarse como un enemigo de la comunidad".[101] Así que el proceso de

---

[98] Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 2, p. 451.

[99] Ibíd., p. 449.

[100] Ver E. Adamson Hoebel, "Law-Ways of the Comanche Indians", en Law and Warfare, ed. Paul Bohannan (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967).

[101] Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, p. 48.

ostracismo por el que un delincuente se convertía en fuera de la ley estaba respaldado por los miembros más poderosos de la sociedad anglosajona. Un delincuente importante podía resistir si tuviera poco que temer de sus vecinos, pero cuando toda su sociedad respaldaba el ostracismo, era probablemente una amenaza muy significativa. De hecho, si una víctima tenía que llamar a un anciano (y finalmente a un ealdorman o al rey), el coste monetario para el delincuente aumentaría considerablemente. No solo tendría que pagar una indemnización monetaria (wer) a la víctima de su familiar, sino asimismo al individuo (wite) que utilizó su poder para llegar a una resolución. Una vez evolucionó la realeza, hubo en realidad tres tipos de multas:

> "Las multas se llamaban wer, bot y wite. El wer era un precio fijado a un hombre de acuerdo con su posición en la vida. Si se le mataba, había que pagar el wer a sus parientes. Si era condenado por robo, tenía en algunos casos que pagar la cantidad de su wer a su señor o al rey. Si quedaba fuera de la ley, sus garantes (borhs) podían tener que pagar su wer.
>
> El bot era una indemnización a una persona perjudicada por un delito. Podía ser un tipo fijo (angild) o el precio de mercado de los bienes robados (ceaf-gild).
>
> El wite era una multa pagada al rey u otro señor respecto de un delito".[102]

Debería destacarse que reyes y ealdormen no tenían poderes soberanos para obligar a obedecer. El trabajo del rey "no es ver que la justicia se haga en su nombre con normalidad, sino ejercitar un poder especial reservado que un hombre no debe invocar salvo que haya fracasado en conseguir que se escuche su causa en la jurisdicción

[102] Stephen, A History of the Criminal Law of England, p. 57.

de su propio ciento".[103] Esta institucionalización de un papel del rey en el proceso de la justicia, y en particular un pago al rey para llevar a cabo su papel (wite) era uno de los primeros pasos en lo que pronto sería una rápida extensión del papel del rey en el derecho.

En los siglos IX y X, Inglaterra era un reino (o a veces varios reinos) y los reyes anglosajones estaban claramente reconocidos, pero estas instituciones no se desarrollaron originalmente para el propósito de ver que se hacía justicia.

En torno al año 450, los jefes sajones o jutos lideraron la primera de las partidas de saqueo en Gran Bretaña, otros les siguieron de inmediato. Los jefes eran los líderes guerreros a los que elegían seguir los hombres libres[104] y su cargo era temporal salvo que el guerrear fuera continuo. Sin embargo, para aquellos anglosajones que se mudaron a Gran Bretaña, la guerra aparentemente se convirtió en permanente en la práctica, ya que se hacían continuos esfuerzos para extender los territorios. Así, que los jefes guerreros de éxito se convirtieron en líderes más o menos permanentes y sus territorios se expandieron. Por supuesto, la razón principal para seguir voluntariamente a un jefe guerrero era la previsión de ganancias, parcialmente en forma de terrenos. Cuando aparecen asociaciones voluntarias, los beneficios recíprocos deben ser importantes.

La palabra inglesa "king" (rey) deriva de la antigua palabra inglesa cyninge y los primeros registros históricos se refieren al ceosan como cyninge, que significa "elegido como rey".[105] El "cargo" de rey no era necesariamente hereditario y el nombramiento de no sucesor no era inmediato ni la realeza se consideraba como una posición para toda la

---

[103] Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, pp. 40–41.

[104] Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 196.

[105] Ibíd., p. 198.

vida. Los reyes aparentemente trataron de establecer un sistema de cargo vitalicio y sucesión hereditaria muy pronto en el periodo anglosajón, pero estos esfuerzos nunca fueron un éxito completo.[106]

La realeza requería un reconocimiento recíproco de obligaciones, reflejando el sólido fundamento contractual del liderazgo durante periodos anteriores. Los jefes guerreros proporcionaban a los seguidores equipos de batalla, alimentos y botín de guerra (incluyendo terrenos) a cambio de su apoyo en la guerra. De los reyes anglosajones se esperaba que ayudaran a proteger a los ciudadanos de sus reinos a cambio de su lealtad.[107] Resulta interesante que no hubiera hasta el siglo X una expresión clara de un requisito de que los hombres libres tuvieran que jurar fidelidad a sus reyes; los juramentos de los reyes ante sus súbditos están registrados en periodos muy anteriores.

Mediante cambios en los acuerdos contractuales, podía cambiar el área territorial asociada a un señor concreto y en algún momento anterior cuando existían muchos reinos, los hombres libres podían probablemente cambiarse a un rey u otro cuando un rey concreto resultaba ser un mal líder.[108] Significativamente, los derechos y el bienestar de los hombres libres declinaban considerablemente al aumentar el poder de la realeza. Blair apuntaba que "la generalización de la comunidad agraria anglosajona en la que todos parecen estar de acuerdo es que la condición del campesinado este notablemente peor en la parte final del periodo [del gobierno anglosajón] de lo que había sido al principio (…) debería reconocerse que la posición del ceorl

---

[106] Ver, por ejemplo, Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, pp. 39, 59; Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 197).

[107] Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 40.

[108] Ver ibíd., pp. 74, 78, 86.

[hombre libre rural] en el siglo VII como hombre libre independiente de cierta categoría deriva principalmente de la posición que tenía en la ley".[109]

¿Por qué disminuían las libertades y el bienestar de los hombres libres al expandirse los poderes de los reyes? Como los anglosajones estaban prácticamente en un estado constante de guerra, necesitaban jefes guerreros fuertes. La capacidad militar hizo ganar prestigio y tierras a un pequeño grupo de jefes guerreros, y su riqueza acumulada les permitió a algunos establecerse aparte como reyes. Si el sucesor de un rey poseía capacidad militar, su reinó duraría, y si el rey podía establecer a un descendiente de sangre como su sucesor y su descendiente tenía habilidades bélicas similares, se establecería un precedente para una dinastía hereditaria. Mientras un descendiente hereditario fuera un buen líder, los seguidores tenían pocas razones para discutir su "derecho" a ser rey.

Entre 450 y 600, disminuyó el número de reinos hasta existir dinastías razonablemente bien establecidas en siete regiones bastante bien definidas de Gran Bretaña. Durante este periodo, la función principal de los reyes era la guerra. Aparentemente no pretendían ser creadores de derecho y la aplicación del derecho permanecía en manos de grupos locales establecidos recíprocamente. Los siguientes 250 años vieron una mayor consolidación, con tres reinos (Northumbria, Mercia y Wessex) alcanzando posiciones de dominio. Durante la mayoría de este periodo, la guerra fue entre los diversos reinos anglosajones. Sin embargo, al final de siglo VIII los vikingos empezaron a atacar las costas inglesas.

Ninguno de los reinos anglosajones estaba preparado para afrontar los ataques vikingos. El litoral inglés era sencillamente demasiado largo como para defenderlo sin una concentración de fuerza militar mayor

[109] Blair, An Introduction to Anglo-Saxon England, p. 261.

de la que controlaba cualquiera de los reinos y los invasores escandinavos acabaron destruyendo las dinastías de todos los reinos, excepto Wessex. Alfredo, rey de Wessex, fortificó el sur de Inglaterra en empezó el proceso gradual de unificación recuperando Londres a los daneses. Su hijo, Eduardo el Viejo, continuó la reconquista de las posesiones danesas y en 917 había recobrado los antiguos reinos de Mercia y East Anglia. Durante los siguientes tres años se estableció como el gobernante más poderoso de toda Gran Bretaña. En 937 "el antiguo sistema político había perecido mediante la desintegración o destrucción de varios reinos antes independientes en los que se había basado ese sistema y su lugar había sido tomado por el reino único de Inglaterra".[110]

A principios del siglo XI, muchas de las funciones relativamente localizadas de los ealdormen (por ejemplo, dentro de un condado) habían sido asumidas por nombramiento reales (sheriffs). Los condes que quedaban, ahora calificados claramente como nombramientos del rey, eran señores de áreas mucho mayores (varios condados) que el ealdorman típico de tiempos anteriores. Así que la aristocracia que sobrevivió al largo periodo de guerras era bastante fuerte y estaba relativamente concentrada.

Al mismo tiempo, el bienestar de los hombres libres no nobles en Inglaterra declinó considerablemente. En los avatares de las guerras, las cosechas eran constantemente destruidas y las granjas quemadas. Los hombres frecuentemente abandonaban sus tierras para proteger a su área de incursiones y ejércitos invasores. "Estos y otros factores, incluyendo el crecimiento de familias poderosas entre la nobleza, tendían a la depresión de muchos de los menos afortunados,

[110] Ibíd., p. 87.

especialmente en la última parte del periodo (…) [y] habían producido comunidades semi-serviles en muchos lugares del país".[111]

Hubo acontecimientos durante el final del siglo X que aceleraron la decadencia de las clases no nobles de hombres libres. En 980, los daneses empezaron a atacar de nuevo Inglaterra y hubo zonas locales abandonadas a su propia defensa. Algunos señores pagaron a los daneses para que evitaran sus tierras y los reyes siguieron su estela, pagando a los incursores un gran tributo (danegeld) para que dejaran en paz su reino. Durante los próximos años, se consiguieron grandes sumas mediante impuestos para pagar más danegelds. La carga de estos impuestos redujo más el bienestar del campesinado inglés.

Un danés, Canuto, subió al trono en 1016. Apaciguó a los anglosajones confirmando sus leyes consuetudinarias, estableciendo un entendimiento con la aristocracia anglosajona y apoyando a su iglesia, gobernando en la práctica como un anglosajón.[112] Aunque el reinado de Canuto fue pacífico, sus hijos consideraron a Inglaterra como una fuente extranjera de ingresos. Extrajeron de los ingleses tanto como pudieron, reduciendo aún más el estatus de los hombres libres anglosajones. En 1042, la corona recayó en Eduardo el Confesor, que se rodeó de consejeros normandos y nombró a normandos para ricos puestos eclesiásticos. El control real de Inglaterra recayó en los condes anglosajones más poderosos que poseían enormes propiedades de tierras.[113] En 1066, cuando murió Eduardo, Haroldo, el miembro dominante de la aristocracia, fue elegido como su sucesor, a pesar de reclamaciones hereditarias más

---

[111] Ibíd., p. 262.

[112] Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 32.

[113] Ibíd., p. 33.

justificadas al trono. Fue Haroldo el que murió el 28 de septiembre de 1066 en la batalla de Hastings.

Esta muy breve explicación del desarrollo del reino anglosajón destaca que la razón para el desarrollo de la institución del rey no era una necesidad de establecer un derecho o mantener el orden interno. Por el contrario, el gobierno evolucionó debido a los conflictos externos (guerras). A lo largo de décadas de guerras y mediante el creciente poder de la aristocracia, el rey como máquina de guerra también adquirió importantes ramificaciones legales. Los reyes anglosajones veían el proceso de justicia como una fuente de ingresos y a las violaciones de ciertas leyes se empezó a calificarlas como violaciones la "paz del rey".[114] Mucho antes de la conquista normanda, estar fuera de la ley implicaba no solo la posibilidad de ser muerto impunemente, sino el "decomiso de bienes para el rey".[115] Los códigos de reyes posteriores indican que el atractivo de esos ingresos era aparentemente bastante fuerte. Como destacaban Pollock y Maitland, una de las

> "malas características de las multas pecuniarias fue la introducción de un elemento fiscal en la administración del derecho penal. La jurisdicción penal se convirtió en una fuente de ingresos, "solicitudes y decomisos" estaban entre los derechos más rentables que podía conceder el rey a prelados y thegns. Había un doble proceso: por un lado, el rey se convertía en juez supremo en todas las causas y por al otro concedía jurisdicción, aunque fuera de mucho territorio".[116]

---

[114] Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, p. 48.

[115] Ibíd., p. 49.

El escenario estaba listo para que el rey asumiera muchos aspectos de la producción y aplicación de la ley.

El concepto de la "paz del rey" remite directamente al derecho anglosajón en el sentido de que toda casa de un hombre libre tenía una "paz"; si se rompía, el violador tenía que pagar. Inicialmente, la paz del rey se refería simplemente a la paz de la casa del rey, pero al expandirse el poder real, el rey declaraba que su paz se extendía a otros lugares. Primero se aplicó a los lugares a los que viajaba el rey, luego a iglesias, monasterios, caminos y puentes. Acabaría siendo "posible para funcionarios reales, como los sheriffs, proclamar la paz del rey donde les pareciera. Incluso se incluía a festivales y acontecimientos especiales del año como Navidades, Cuaresma, Pascua y Pentecostés".[117]

Las violaciones de la paz del rey obligaban a pagar al rey. La expansión en lugares y tiempos protegidos por la paz del rey significaba mayores ingresos potenciales. Los reyes añadieron asimismo gradualmente delitos contra otros que requerían el pago de wite al rey. Al crecer los ingresos por dichas operaciones, el rey podía "comprar" apoyo adicional para esas disposiciones concediendo a otros el derecho a parte de esos ingresos (por ejemplo, a condes y sheriffs). El pueblo no siempre aceptaba de buen grado estos cambios, porque significaban que la verdadera víctima de un acto considerado como delito contra el rey recibiera poca o ninguna indemnización.[118] Como indicaban Pollock y Maitland: "Hay una tendencia constante a que haya conflictos entre las viejas costumbres de la familia y las nuevas leyes del Estado: la familia conserva hábitos y reclamaciones arcaicos que

---

[116] Ibíd., vol. 2, pp. 453-454.
[117] Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 42.

[118] Para una opinión diferente, ver Lyon, A Constitutional and Legal History of Medieval England, p. 85.

chocan a cada paso con el desarrollo de comunidades respetuosas con la ley en tiempos modernos".[119]

[119] Pollock y Maitland, History of English Law, vol. 1, pp. 31-32.

DERECHO CONSUETUDINARIO PARA LA REVOLUCIÓN COMERCIAL

Aunque el derecho consuetudinario anglosajón estaba dando paso a un derecho autoritario, el desarrollo del derecho comercial medieval, la lex mercatoria, o "derecho mercantil", hace en la práctica pedazos el mito de que el gobierno deba definir y aplicar "las reglas del juego". Como el derecho mercantil se desarrolló fuera de las limitaciones de los límites políticos y escapó a la influencia de los gobernantes políticos durante más tiempo que muchos sistemas legales occidentales, proporciona el mejor ejemplo de lo que puede lograr un sistema de derecho consuetudinario.

Con la caída del Imperio Romano, las actividades comerciales en Europa declinaron drásticamente.[120] Del siglo VI al X, el tráfico comercial fue casi inexistente. Pero en los siglos XI y XII, la rápida expansión de la productividad agrícola significó que se necesitaba menos trabajo para producir suficiente comida y ropa para sustentar a la población. Los productos rurales se producían a niveles que estimulaban un mayor comercio y la población empezó a trasladarse a los pueblos.

Una consecuencia (y uno de los impulsos) del aumento de la productividad rural y la urbanización fue la reaparición de una clase

[120] Debe advertirse que el derecho comercial romano era asimismo derecho consuetudinario. Ver Bruno Leoni, Freedom and the Law (Los Ángeles: Nash Publishing, 1961), p. 83. [Publicado en España como La libertad y la ley (Madrid: Unión Editorial, 2010)].

de mercaderes profesionales para facilitar el comercio. El derecho consuetudinario había sido tradicionalmente la fuente de normas en el comercio, pero en el siglo X el derecho consuetudinario mercantil de los mercaderes se había localizado mucho.[121] Así que había barreras importantes a superar antes de poder desarrollar el comercio entre ciudades, regiones y naciones. Aparte de esto, las distancias geográficas a menudo impedían la comunicación directa, no digamos la creación de relaciones interpersonales fuertes que hubieran facilitado la confianza. Hacían falta numerosos intermediarios para producir un intercambio, incluyendo agentes de compra, de venta y de envío. Todo esto "daba lugar a hostilidades hacía las aduanas extranjeras y acabó llevando a confrontaciones mercantiles".[122]

Durante este periodo, "se formaron los conceptos básicos e instituciones del derecho mercantil moderno (lex mercatoria) y, lo que es más importante, fue entonces cuando el derecho mercantil en Occidente empezó a verse como un sistema integrado y en desarrollo, un cuerpo legal".[123] Al final del siglo XI, el derecho mercantil se había desarrollado tanto que gobernaba prácticamente todos los aspectos de las transacciones comerciales en toda Europa (y en algunos casos fuera de Europa). De hecho, la revolución comercial que fue de los siglos XI al XV fue lo que acabó dando lugar al Renacimiento y la revolución industrial no se habría producido sin el rápido desarrollo de este derecho consuetudinario resulto y aplicado privadamente.

---

[121] Trakman, The Law Merchant, pp. 7-8. Mucho del resto de este capítulo aparece en Benson, "Spontaneous Evolution".

[122] Ibid., p. 11.

[123] Berman, Law and Revolution, p. 333.

> "Los gobernantes que buscaban mediante un derecho nacional hacer más rígido este libre comercio reprimirían el éxito de los intercambios en el mercado, perdiendo tanto la comunidad mercantil extranjera como la local. La única ley que podría mejorar efectivamente las actividades de los mercaderes bajo estas condiciones sería ley supletoria, es decir, ley que reconociera la capacidad de los mercaderes de regular sus propios asuntos mediante sus costumbres, usos y prácticas".[124]

¿Cómo podían producir derecho mercaderes con bases tan dispares? ¿Cuál es la fuente de reconocimiento? Fuller sugería que el libre comercio y el propio comercio son la fuente, porque los comerciantes

> "entran en relaciones directas y voluntarias de intercambio. Respecto de la igualdad, esta solo con la ayuda de algo como un mercado libre es posible desarrollar algo parecido a una medición exacta del valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes económicos frecuentemente cambian de rol, ahora comprando, ahora vendiendo. Las obligaciones que nacen de sus intercambios son por tanto reversibles, no solo en la teoría sino también en la práctica.
>
> Este análisis sugiere la algo sorprendente conclusión de que solo bajo el capitalismo la idea de obligación moral y legal puede llegar a su completo desarrollo".[125]

---

[124] Trakman, The Law Merchant, p. 13.

[125] Fuller, The Morality of Law, p. 24.

La reciprocidad necesaria para el reconocimiento del derecho comercial aparecía debido a las ganancias mutuas generadas por el intercambio.

El derecho mercantil evolucionó hacia un sistema legal universal mediante un proceso de selección natural. Al empezar los mercaderes a realizar negocios cruzando fronteras políticas, culturales y geográficas, llevaron las prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Estas costumbres antes locales que se descubría que eran comunes en muchas localidades se convirtieron el parte del derecho mercantil internacional. Donde aparecían conflictos, las prácticas que eran las más eficientes para facilitar la interacción comercial suplantaban a las que eran menos eficientes.[126] En el siglo XII, el derecho mercantil se había desarrollado hasta un nivel en el que los mercaderes extranjeros tenían una protección sustancial en disputas con mercaderes locales y "contra las rarezas de las leyes y costumbres locales".[127]

Las leyes adoptadas "reforzaban en lugar de reemplazar el ciclo de prácticas de negocio (…) Además, [estas leyes] generalmente evitaban fórmulas legales complejas y controles obligatorios sobre negocios que no hubieran sido ya aprobados ya fuera en las costumbres o en los hábitos comerciales".[128] Se evitaban complejidades que podían dificultar la comunicación y por tanto el

[126] Trakman, The Law Merchant, p. 11.

[127] Berman, Law and Revolution, p. 342. Ver también W. Mitchell, Essay on the Early History of the Law Merchant (Nueva York: Burt Franklin, 1904), pp. 7-9.

[128] Trakman, The Law Merchant, p. 18.

comercio. El acuerdo era la fuerza superior a la hora de regular la conducta en los negocios.[129]

El derecho comercial coordinaba las acciones interesadas de los individuos, pero también coordinaba las acciones de gente con conocimientos y crédito limitados. El comercio medieval implicaba comerciantes viajando a ferias y mercados en toda Europa, intercambiando bienes de los que sabían poco con gente con la que estaban familiarizados. Desde el 1000 al 1200 (y especialmente desde 1050 a 1150), se desarrollaron los derechos y obligaciones de los mercaderes para manejar esta incertidumbre. En sus negocios entre sí, el derecho mercantil "se hizo sustancialmente más objetivo y menos arbitrario, más preciso y menos laxo".[130]

Además, al especificarse de una forma más precisa las normas del derecho comercial, se fueron registrando. Estas leyes escritas no tenían la forma de códigos reglamentarios (aunque muchos gobiernos acabaron adoptando derecho mercantil creado privadamente en su legislación comercial), sino que tomaron la forma de instrumentos y contratos comerciales escritos.[131] Fuller explicaba que "el término derecho contractual se refiere principalmente no al derecho de o acerca de los contratos, sino al 'derecho' que crea el propio contrato (…) Si nos permitimos pensar en el derecho contractual como el 'derecho' que crean las propias partes por su acuerdo, la transición del derecho consuetudinario al derecho contractual resulta ser muy sencilla".[132]

---

[129] Ibid., p. 10.
[130] Berman, Law and Revolution, p. 341.

[131] Ibid.

[132] Fuller, The Principles of Social Order, pp. 224–225.

Cuando se reconoce que los individuos tenían que entrar voluntariamente en un contrato, queda claro por qué el derecho mercantil tenía que ser objetivo e imparcial. La reciprocidad, en el sentido de beneficios y costes mutuos es la misma esencia del comercio. Cada parte entra en un intercambio con expectativas de obtener algo que sea más valioso que aquello a lo que renuncia. Pero el principio de reciprocidad de derechos, tal y como se desarrolló a finales del siglo XI y principios del XII y como aún hoy se entiende, implica más que el intercambio mutuo. Implica un elemento de justicia en el intercambio.[133] Así que fraude, coacción y otros abusos de la voluntad o el conocimiento de cada parte en un intercambio significan que la transacción se invalidaría en un tribunal mercantil. Sin embargo, más allá de estos asuntos procedimentales, "incluso un intercambio en el que se entre voluntariamente y con conocimiento no debe imponer a cada parte costes que sean excesivamente desproporcionados respecto de los beneficios obtenidos ni puede ese intercambio ser inadecuadamente desventajoso para terceros o para la sociedad en general".[134] La justicia era una característica requerida del derecho mercantil, precisamente porque la obligación de obedecerlo derivaba voluntariamente del reconocimiento de beneficios mutuos. Nadie reconocería voluntariamente un sistema legal que no espere que le trate justamente.

Los mercaderes "gobernaban" sin la autoridad coactiva de un estado formando sus propios tribunales para resolver disputas. Como explicaba Wooldridge:

> "Las sentencias de los tribunales mercantiles eran respetadas por lo general incluso por los perdedores, de otra manera la gente no los hubiera utilizado, para empezar (…) Los

[133] Trakman, The Law Merchant, p. 12.

[134] Berman, Law and Revolution, p. 343.

> mercaderes hacían funcionar sus propios tribunales acordando sencillamente aceptar las consecuencias. El mercader que incumplía esto no sería enviado a la cárcel, es verdad, pero tampoco sería un mercader, pues el cumplimiento realizado por sus compañeros, el poder sobre sus bines, resultaba más eficaz que la coacción física".[135]

Las sentencias de los tribunales mercantiles estaban respaldadas por la amenaza del ostracismo, una sanción de boicot muy eficaz. Si un tribunal mercantil decidió que un mercader con base en Londres había quebrantado un contrato con un mercader de Colonia en una feria comercial en Milán, por ejemplo, el mercader de Londres tenía fuertes incentivos para pagar la indemnización que el tribunal juzgara apropiada. Si no lo hacía, otros mercaderes dejarían de comerciar con él. Pero esta sanción, aunque fuera una amenaza real, no hacía falta normalmente. "La buena fe es la esencia del acuerdo mercantil", concluía Trakman. "La reciprocidad y la amenaza de sanciones en los negocios obligaba a cumplir. Las tareas ordinarias de los mercaderes eran obligatorias porque 'pretendían' serlo, no porque ninguna ley obligara a ese cumplimiento".[136]

Los mercaderes establecieron sus propios tribunales por varias razones. Primera, el derecho real defería del derecho comercial. Por ejemplo, los tribunales del rey normalmente no considerarían disputas derivadas de contratos realizados en otra nación. Tampoco los tribunales del rey respetarían cualquier acuerdo contractual que implicara el pago de intereses, al considerar usurario cualquier interés. Los tribunales del "common law" no considerarían los libros

---

[135] William C. Wooldridge, Uncle Sam, the Monopoly Man (New Rochelle, N.Y.: Arlington House, 1970), pp. 95-96.

[136] Trakman, The Law Merchant, p. 10.

de contabilidad como evidencias, aunque los mercaderes consideraran muy valiosos esos registros.

Segundo, los tribunales mercantiles se desarrollaron para resolver disputas comerciales que implicaran asuntos altamente técnicos. Los jueces de los tribunales mercantiles eran elegidos de entre la comunidad mercantil relevante; cuando había asuntos técnicos, los tribunales mercantiles utilizaban a jueces expertos en esa área del comercio.

Tercero, la velocidad y la informalidad eran importantes al resolver la disputa comercial.[137] Los mercaderes tenían que completar sus transacciones en un mercado o feria y trasladarse rápidamente al próximo; aunque no se trasladaran, frecuentemente negociaban con otros que lo hacían. Una disputa tenía que resolverse rápidamente para minimizar la interrupción de los negocios. La velocidad y la informalidad no podrían haberse alcanzado de igual manera sin jueces cuyo conocimiento de los asuntos y preocupaciones comerciales fueran respetados por la gran comunidad mercantil. Por tanto, el laudo adjudicativo es una característica necesaria del derecho mercantil. Los procedimientos de laudo, dispositivos institucionales y normas legales sustantivas adoptados por los tribunales mercantiles reflejaban toda la preocupación del derecho mercantil por facilitar la interacción comercial.

Por la misma razón, las normas de evidencias y procedimiento se mantienen sencillas e informales. Se prohíben las apelaciones para evitar un retraso indebido y la interrupción del comercio.[138] Se evitaba el largo testimonio bajo juramento; la fe notarial no era

---

[137] Berman, Law and Revolution, p.347. Ver también Mitchell, Essay on the Early History of the Law Merchant, p. 13.

[138] Trakman, The Law Merchant, p. 16.

normalmente necesaria como evidencia de un acuerdo, las deudas se reconocían como libremente transferibles mediante "obligación escrita" informal, un proceso desarrollado por los propios mercaderes para simplificar la transferencia de deuda, las acciones de los agentes en las transacciones se consideraban válidas sin autoridad formal y las transferencias de propiedad se reconocían sin entrega física.[139] Todas estas innovaciones legales se validaban en tribunales mercantiles a pesar de su ilegalidad en muchos tribunales reales, pero promovían la velocidad y la informalidad en el comercio y reducían los costes de transacción, así que los tribunales mercantiles las aceptaban.

Al principio del siglo XIII, el derecho mercantil era un sistema integrado de principios, conceptos, normas y procedimientos. Berman concluye que "una gran parte, si no la mayoría de los elementos estructurales del sistema moderno de derecho comercial se formaron en este periodo".[140] Consideremos, por ejemplo, el desarrollo de los dispositivos de crédito. Para el siglo XII, el comercio de trueque había sido prácticamente reemplazado por intermediarios comerciales que compraban y vendían utilizando contratos comerciales que implicaban crédito. Las principales formas de crédito extendido por vendedores a compradores eran pagarés y letras de cambio. Cuando esos instrumentos comerciales "se hicieron comunes en Occidente a final del siglo XI y durante el siglo XII, no solo adquirieron el carácter de obligaciones independientes, como el propio dinero, sino que también adquirieron otra característica del dinero, la negociabilidad".[141] La práctica de la negociabilidad de los instrumentos de crédito fue "inventada" por los mercaderes

[139] Ibid., p. 14.

[140] Ver Berman, Law and Revolution, pp. 349–350

[141] Ibid., p. 350.

occidentales, debido a la necesidad de un medio mejorado de intercambio al desarrollarse el comercio y debido a que al auge del derecho mercantil generaba suficiente confianza en el sistema comercial como para que se pudiera establecer una reserva de crédito comercial.[142]

Los instrumentos de crédito se convirtieron en los medios de intercambio que permitieron florecer al comercio y que tuviera lugar la revolución comercial. El sistema comercial romano había funcionado a causa de la disponibilidad de dinero para facilitar el comercio, pero con la caída de Roma, desapareció una moneda en la que pudiera confiarse en que mantuviera su valor y lo mismo le pasó al intercambio comercial. Sin ninguna fuente sólida de dinero, los mercaderes tuvieron que desarrollar su propio medio de intercambio.

Se desarrollaron muchos tipos de instrumentos de crédito y todos se convirtieron en parte del derecho mercantil. El crédito se extendía de vendedores a compradores en forma de instrumentos negociables y los compradores extendían crédito a los vendedores mediante el uso de diversos contratos de envío futuro de bienes. Terceros (por ejemplo, los banqueros) extendían crédito a los compradores y se desarrollaron dispositivos como la prenda para proteger a los acreedores frente a impagos. De esta manera, los acreedores retenían un interés de seguridad en bienes que requerían un pago antes de que pudieran apropiarse de ellos y si el pago no llegaba, podían apropiarse de los bienes para satisfacer la deuda.

Podrían analizarse otros aspectos del derecho mercantil para destacar la integración de una amplia variedad de principios, conceptos, normas y procedimientos en un sistema legal. El desarrollo del derecho mercantil:

---

[142] Ibid., p. 351.

> "fue bastante rápido, no solo en su periodo formativo, sino después, en los siglos XIII, XIV y XV (…) la objetividad del derecho mercantil, la especificidad de sus normas y la precisión de sus conceptos aumentó con el tiempo; su universalidad y generalidad, su uniformidad, prevalecieron cada vez más sobre las diferencias locales; la reciprocidad de derechos se hizo cada vez más importante al expandirse las oportunidades contractuales; la resolución de disputas comerciales se regularizó cada vez más y aumentó el grado de integración del derecho comercial".[143]

El derecho comercial creció y se desarrolló, cambiando y adaptándose en respuesta a nuevas condiciones en el comercio.[144]

---

[143] Ibid.., pp. 354-355.

[144] Ver Ibid.., p. 355 y Mitchell, Essay on the Early History of the Law Merchant, pp. 29-30.

CONCLUSIONES

Hayek sugería que las normas que emergen del derecho consuetudinario poseerán necesariamente ciertos atributos que "un derecho [autoritario inventado o diseñado por un gobernante puede, pero no necesita tener y es probable que tenga solo si son modelados según el tipo de normas que derivan de la articulación de prácticas previamente existentes".[145]

Los atributos de los sistemas legales consuetudinarios incluyen un énfasis en los derechos individuales debido a que el reconocimiento de una obligación legal requiere la cooperación voluntaria de individuos mediante acuerdos recíprocos. Esas leyes y la aplicación que las acompaña facilitan la interacción cooperativa al crear fuertes incentivos para evitar formas violentas de resolución de disputas. Las tareas de persecución recaen en la víctima y su asociación de protección recíproca. Así que el derecho busca la indemnización de las víctimas mediante procedimientos de laudos participatorios claramente diseñados, tanto para proveer incentivos para la persecución como para apaciguarlos deseos de revancha de las víctimas. Los incentivos fuertes tanto para los delincuentes como las víctimas a someterse al laudo son una consecuencia del ostracismo social o las sanciones de boicot y el cambio legal se produce mediante evolución espontánea de las costumbres y normas.[146]

---

[145] Hayek, Law, Legislation and Liberty, vol. 1, p. 85.

[146] Ver el apéndice del Capítulo 12, así como Anderson y Hill, "An American Experiment in Anarcho-Capitalism"; Benson, "The Evolution of Law"; Umbeck, A Theory of Property Rights With Application to the California Gold Rush; Jerold S. Auerback, Justice Without Law (Nueva York: Oxford

Pero los estados-nación han asumido un papel esencial en la creación y aplicación de la ley. ¿Por qué, dada la aparente eficacia de los sistemas de derecho consuetudinario? La respuesta se ha sugerido en la breve explicación del ascenso de la realeza en Inglaterra. Se da una respuesta más completa en el siguiente capítulo.[147]

University Press, 1983); Bruce L. Benson, "The Lost Victim and Other Failures of the Public Law Experiment" Harvard Journal of Law of Law and Public Policy 9 (Primavera de 1986): 399-427.

[147] Para continuar la lectura, véase Bruce L. Benson, "Justicia sin Estado", Unión Editorial, 2da Edición 2020.

USTED ES LIBRE PARA:

COMPARTIR— copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

ADAPTAR— remezclar, transformar y crear a partir del material

para cualquier finalidad, incluso comercial.

El licenciador no puede revocar estas libertades mientras cumpla con los términos de la licencia.

Bajo las condiciones siguientes:

RECONOCIMIENTO — Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

COMPARTIRIGUAL— Si remezcla, transforma o crea a partir del material, deberá difundir sus contribuciones bajo la misma licencia que el original.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que legalmente restrinjan realizar aquello que la licencia permite.

AVISOS:

No tiene que cumplir con la licencia para aquellos elementos del material en el dominio público o cuando su utilización esté permitida por la aplicación de una excepción o un límite.

No se dan garantías. La licencia puede no ofrecer todos los permisos necesarios para la utilización prevista. Por ejemplo, otros derechos como los de publicidad, privacidad, o los derechos morales pueden limitar el uso del material.

Bruce Benson nos introduce en un interesantísimo análisis del derecho, explorando desde los antiguos sistemas legales y la evolución del "Common law", hasta la aplicación moderna del derecho, las tendencias de contratación privada en el área de justicia y la corrupción política dentro del sector público.

Utilizando diversas y variadas fuentes de investigación, nos brinda un análisis económico sobre cómo las instituciones del sector privado (es decir, voluntarias) son capaces de establecer fuertes incentivos que llevan a una eficaz creación y aplicación del derecho, a diferencia de la provisión del sector público

EDITORIAL
STO